

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Clece, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del lote 1 del contrato administrativo de “Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al Distrito de Villa de Vallecas” (Lote 1), dictado por la Concejal Presidente del Distrito del Ayuntamiento de Madrid, expediente de contratación número 300/2019/01710, notificado el 14 de octubre de 2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 13 de mayo 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato referido con dos lotes, expediente 300/2019/01710.

El anuncio contempla la adjudicación del contrato mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación, tanto valorables como no valorables en cifras o porcentajes, por un valor estimado total de 3.612.432,95 euros IVA excluido, con el siguiente desglose por lotes:

- Lote 1 COLEGIOS: 2.102.230,93 euros, IVA excluido.
- Lote 2 EDIFICIOS E INSTALACIONES DEPORTIVAS: 1.510.202,02 euros, IVA excluido.

Segundo.- El apartado 17 el Anexo I del PCAP establece como parámetros para identificar que una oferta se considera anormal, los siguientes:

“1.- Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2.- Cuando, concurriendo dos licitadores, la oferta sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3.- Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 8 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.”

Las ofertas para el lote 1 son las siguientes:

Número	Licitador	Importe licitado	% Baja
1	FERROVIAL SA	554.220,36 €	35,31 %
2	ACIERTA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.L.	484.126,33 €	43,49 %
3	ORTIZ CONSTRUCCIONES	564.121,28 €	34,15 %
4	OHL	564.699,86 €	34,08 %
5	CLECE S.A.	744.605,04 €	13,08 %
6	ELECNOR S.A.	855.562,52 €	0,13 %

Todas las ofertas menos CLECE y ELECNOR son anormalmente bajas.

Tras la tramitación oportuna se admite la justificación de las bajas de las cuatro ofertas, cuyo informe técnico se cuelga el 29 de septiembre en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

CLECE insta la vista íntegra del expediente administrativo cara a un recurso especial en materia de contratación en fecha 2 de octubre, en los siguientes términos: *“SUPLICA AL órgano de Contratación del Distrito de Villa de Vallecas lo*

admíta; por realizadas las manifestaciones que en el mismo se contienen y, en su virtud, acuerde poner de manifiesto y exhibir, a la sociedad compareciente, el expediente administrativo tramitado para la adjudicación del contrato administrativo "Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al distrito de villa de Vallecas. Lote 1: Colegios" incluyendo las actas de las Mesas de Contratación celebradas, la documentación presentada por todas las licitadoras en sus proposiciones técnicas que no debe mantener el carácter de confidencial, el Informe de Valoración Técnica y Económica que existieran, a fin de tomar el oportuno conocimiento del mismo, y a obtener las copias que sean precisas, todo ello conforme a la Ley 39/2015 fijando día y hora para verificarlo".

Por el Órgano de contratación se requiere a las empresas la concreción de los extremos confidenciales de su documentación en los siguientes términos: *"A la vista de la confidencialidad declarada respecto a su proyecto técnico presentado en la licitación del contrato denominado "MANTENIMIENTO INTEGRAL DE LOS EQUIPAMIENTOS ADSCRITOS AL DISTRITO DE VILLA DE VALLECAS. LOTE 1", se le requiere para que en aras a compatibilizar el principio de confidencialidad con los principios de publicidad y transparencia que informan la contratación pública, determine de forma expresa y justificada aquellos aspectos de su oferta que tienen un carácter confidencial por afectar a los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que pueda afectar la competencia leal entre las empresas.*

Se le informa que la declaración de confidencialidad no se puede entender como una opción indiscriminada de la empresa y, por lo tanto, es imprescindible que en esta declaración se especifique expresamente qué documentación y qué información tiene carácter confidencial y los motivos o las circunstancias en base a los cuales debe reconocerse este carácter.

A estos efectos, se le otorga un plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que reciba la presente notificación para aducir alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes en defensa de sus derechos".

Tras la respuesta de los licitadores el 16 de octubre se remite la documentación a CLECE: *“de conformidad con el Decreto adoptado se le remiten los Proyectos técnicos de las entidades licitadoras al contrato denominado “MANTENIMIENTO INTEGRAL DE LOS EQUIPAMIENTOS ADSCRITOS AL DISTRITO DE VILLA DE VALLECAS. LOTE 1: COLEGIOS”, con las limitaciones correspondientes al derecho de confidencialidad, así como el Acta 8 de la última sesión de la mesa de contratación celebrada, estando el resto de documentos solicitados, publicados en la Plataforma de Contratación del Estado”.*

Mediante correo electrónico de 19 de octubre CLECE solicita nueva vista del expediente, en este caso los informes justificativos de las bajas: *“Buenos días, hemos recibido la documentación, sin embargo, nos faltaría por ver la justificación de temeridad de las ofertas en esta situación, así como, la valoración por parte de la mesa de los citados informes. Reciban un cordial saludo. Muchas gracias”.*

En fecha 21 de octubre se remite a CLECE esta documentación justificativa de las bajas donde los licitadores han excluido la transcripción de aquellos elementos que estiman confidenciales con la expresión “confidencial”.

Tercero.- Con fecha 30 de octubre de 2020, se recibe en el Tribunal el escrito de interposición del recurso contra la adjudicación notificada el 14 de octubre, afirmando que todas las empresas con ofertas anormalmente bajas debieron ser excluidas, correspondiendo la adjudicación a CLECE por ser la siguiente en la clasificación, y solicitando la vista completa del expediente administrativo para poder fundamentar su recurso en los siguientes términos:

“SOLICITO AL TRIBUNAL, tenga por presentado este escrito, poder y documentos adjuntos; se sirva admitirlo; por realizadas las manifestaciones que en el mismo se contienen; por interpuesto, en tiempo y forma, Recurso Especial en Materia de Contratación contra la adjudicación del contrato administrativo de Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al distrito de villa de Vallecas (Lote 1) y, en su virtud, acuerde, con carácter previo al trámite de alegaciones, otorgar a la

sociedad recurrente el acceso EN SU TOTALIDAD al expediente de contratación en sus oficinas, por plazo de CINCO (5) días, para poder completar el presente recurso especial en materia de contratación que será en el momento en el que se argumenten los hechos que pudieran ser constitutivos para la nulidad del procedimiento ya que por la meritada confidencialidad no se pueden argumentar en este momento”.

Con fecha 5 de noviembre se recibe en el Tribunal copia del expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP. En el mismo se opone al acceso al expediente en este Tribunal.

El día 19 de noviembre de 2020 se adopta Acuerdo de este Tribunal de acceso al expediente, con los siguientes fundamentos: *“Alega el recurrente que sin conocimiento de las proposiciones íntegras de los licitadores y de las justificaciones igualmente íntegras de los mismos no puede fundamentar su recurso. Añade que no cabe excluir la vista íntegra de los informes justificativos de las bajas, refiriendo la confidencialidad exclusivamente a las proposiciones. Cita diversa doctrina.*

Por el Órgano de contratación se relata que se ha seguido el procedimiento legalmente previsto, se le ha dado vista dos veces del expediente, sí cabe excluir aspectos confidenciales de las justificaciones de baja y en cualquier caso, lo que debió impugnar fue la calificación como confidencial de aquella documentación que considere necesaria para fundamentar su recurso.

Respecto al acceso al expediente en el Tribunal de Contratación dispone el artículo 52 de la LCSP:

“Artículo 52. Acceso al expediente.

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al Órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el Órgano de contratación facilitar el

acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al Órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

Por su parte el artículo 133 pone a cargo de los licitadores designar en las proposiciones la documentación que consideran confidencial:

“Artículo 133. Confidencialidad.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El deber de confidencialidad del Órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el Órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo”.

A juicio de este Tribunal la solicitud a los licitadores para que concreten la documentación confidencial es correcta en orden a facilitar la formalización del recurso en contra de designaciones genéricas de confidencialidad. De otra parte, este Tribunal está obligado a salvaguardar esa confidencialidad, a tenor del artículo 56.5 de la LCSP:

“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”.

Esto expuesto, no puede acceder a una petición genérica como la recogida en el suplico, que insta el acceso a la totalidad del expediente de contratación.

No obstante, en orden a la garantía de ese derecho de defensa y a la protección jurídica efectiva de los interesados sí le corresponde examinar, no

obstante la petición, la conformidad a derecho de la declaración de confidencialidad por los licitadores en orden a la posibilidad de formalizar el recurso especial en materia de contratación en relación con toda la documentación obrante en el expediente de contratación, no sea que la misma haga de todo punto inviable el recurso que el propio licitador no pueda ni siquiera impugnar los aspectos declarados confidenciales.

El Órgano de contratación ha admitido acríticamente las declaraciones de confidencialidad de los licitadores, no levantando la misma en ningún caso y no dando traslado al recurrente de esas partes de los informes de las bajas temerarias.

Del examen de la información remitida a CLECE se observa:

- Ferrovial ha declarado confidencial y no aporta toda la información relativa a los costes de personal, costes materiales y coste de las mejoras, sobre las que no se aprecia la existencia de ningún elemento confidencial, páginas 3 a 9 de su justificación. El resto de elementos atañen a aspectos genéricos o cuestiones técnicas que aun pudiendo ser confidenciales no se declara a veces, pero resultan innecesarias a la elaboración del recurso.*
- Acierta declara confidenciales las páginas 1 y 2 pero sin concreción alguna de su contenido ni motivar esa confidencialidad. Afirma que “no obstante, a continuación, se exponen los razonamientos que sirven de base a la argumentación de la viabilidad económica de la oferta presentada por Acierta Asistencia, S.A.” y pone a continuación “confidencial”. No concretando a qué refiere esa argumentación no es confidencial. Comparado con el informe remitido al Órgano de contratación no existe elemento confidencial alguno en esas consideraciones de carácter general. No se aprecia confidencialidad alguna en los desgloses de costes que constituyen el resto de su informe.*
- Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. declara confidencial prácticamente todo el informe, pero refiere todo a estructura de costes, no afectando a ningún secreto comercial, industrial, modelo de utilidad, ni nada parecido.*
- OHL se aprecia no se ha dado traslado de las páginas 3 a 18 del informe obrante en el expediente que es precisamente toda la estructura de costes, que carece de naturaleza confidencial.*

Examinados estos antecedentes se aprecia un abuso de la declaración de confidencialidad, que atañe precisamente a los elementos justificativos de la oferta en materia de costes y no a ningún secreto comercial o industrial o elemento análogo o que pueda servir para desvirtuar la competencia en este o similar procedimiento. Existe un abuso de derecho en la declaración de confidencialidad con la única finalidad de eludir un eventual control en vía de recurso de las bajas imposibilitando de facto la formalización motivada del recurso especial en materia de contratación. Compete a este Tribunal poner fin ese abuso, no habiendo ejercido el Órgano de contratación control alguno sobre esas declaraciones de confidencialidad, (artículo 7.2 Código civil), revisando las mismas.

En su virtud, el Tribunal acuerda “conceder a la recurrente un plazo de diez días hábiles para que proceda al examen del expediente administrativo en los términos más arriba indicados, para que, en su caso, procedan a completar su recurso, tras lo que se concederá al Órgano de contratación nuevo plazo de 2 días hábiles para que emita el informe correspondiente”.

Cuarto.- Con fecha 30 de noviembre se recibe en el Tribunal el nuevo recurso ampliado y en 4 de diciembre informe al mismo del Órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP) puesto que la estimación del recurso la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato encontrándose en primera posición en la clasificación de los licitadores,

excluidos los cuatro anteriores.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El contrato y el acto de adjudicación son susceptibles de recurso a tenor de los artículos 44.1. a) y 44.2. c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se plantea en tiempo y forma, notificada la adjudicación el 14 de octubre se formaliza el recurso especial en materia de contratación el día 30 de octubre.

Quinto.- En el recurso de CLECE existe una doble impugnación vinculada: por un lado las justificaciones de las bajas de los cuatro licitadores que le preceden y por otra la justificación del informe de la Administración que entiende válidas las mismas.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al Órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al Órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el Órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Solo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores

económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el Órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser*

seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al Órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios. El párrafo tercero del mismo apartado establece concretamente los valores sobre los que el Órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

El criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –”resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras”*.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*. Doctrina compartida por este Tribunal contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que no se han efectuado correctamente en este concreto caso, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el Órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

CLECE impugna en la ampliación del recurso la asunción por la Mesa y el Órgano de contratación del informe técnico que entiende justificadas las bajas de los cuatro licitadores que le preceden, atacando esas justificaciones. Igualmente impugna formalmente la motivación de la Administración que avala dichas justificaciones, donde la Mesa y el Órgano de contratación asumen el informe técnico, que estima insuficiente por carecer de la motivación necesaria para validarlas.

Si el Órgano de contratación asume las alegaciones del licitador incurso en baja desproporcionada las mismas pasan a formar parte de la propia fundamentación de la Administración, desplazando el centro de interés de la *litis* a las mismas de cara a una eventual impugnación de otros licitadores disconformes con la aceptación de las mismas. No es necesaria en este caso motivación “reforzada” de la Administración, pero sí motivación suficiente y adecuada que es la contrapartida de la discrecionalidad, motivación que incorpore los razonamientos del licitador incurso en valores anormales. La falta o insuficiencia de la motivación genera indefensión a los interesados en la impugnación y con ello la nulidad del acto.

Los únicos motivos de aceptación de la baja de que tiene conocimiento el recurrente son los que se consignan en el informe técnico que se cuelga en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Por otro lado, al impugnar las bajas de cuatro licitadores precedentes, es claro que tienen que prosperar las alegaciones del recurrente sobre los cuatro para poder estimar el motivo. A *contrario sensu* basta con la desestimación de las alegaciones sobre uno de los cuatro para desestimar el motivo.

Por orden decreciente de las bajas la primera oferta a considerar es la de OHL. Procede seguir el orden comenzando por las ofertas más próximas al precio de licitación y no las más alejadas, como verifica el recurrente, pues la justificación en las mismas es menos exigente. Cuanto más alejada la oferta del precio de licitación, más baja y en su consecuencia mayor rigor necesario en la justificación y

en su valoración por el Órgano de contratación. Por idénticas razones, mayores exigencias impugnatorias para el recurrente.

Según CLECE, sobre OHL, la que incurre en menos baja desproporcionada: *“En este sentido, dentro del capítulo de personal, parece que la licitadora contempla todos los perfiles mínimos indicados en pliego pero el problema se suscita a la hora justificar el cuadro de los costes de dicho personal ya que carece de toda lógica y no guarda correlación entre los gastos de seguridad social y el coste total del contrato o importe anual.*

Para mayor ilustración, debemos destacar que en la página 6 de la justificación 1 nos encontramos la siguiente tabla:

➤ En la tabla siguiente, desarrollamos los cálculos del coste de personal indicados en el cuadro resumen inicial.

T.PERSONAL	Nº	Seguridad Social	Importe anual	Total del contrato
PERSONAL				
COORDINADOR	1,00			
TECNICO RESPONSABLE	1,00			
TECNICO RESPONSABLE	1,00			
INSTALACIONES				
ENCARGADO	1,00			
EQUIPO ELECTRICISTAS - OFICIAL	1,00			
EQUIPO ELECTRICISTAS - AYUDANTE	1,00			
EQUIPO CLJMA Y FONTANERJA- OFICIAL	1,00			
EQUIPO CLJMA Y FONTANERJA- AYUDANTE	1,00			
EQUIPO POLIVALENTES - OFICIAL	1,00			
EQUIPO POLIVALENTES - AYUDANTE	1,00			
EQUIPO JARDINERIA	1,00			
ELEMENTOS CONSTRUCTIVOS				
ENCARGADO DE OBRA	1,00			
CUADRILLA ALBAÑILES- OFICIAL	1,00			
CUADRILLA ALBAÑILES- AYUDANTE	1,00			
CUADRILLA ALBAÑILES- PEÓN	1,00			
EQUIPO CARPINTERIA-CERRAJERIA - OFICIAL	1,00			
EQUIPO CARPINTERIA-CERRAJERIA - AYUDANTE	1,00			
EQUIPO POLIVALENTE - OFICIAL	1,00			
EQUIPO POLIVALENTE - AYUDANTE	1,00			
GUARDIAS	1,00			
TOTAL COSTES DE PERSONAL		114.368,76 €	167.573,27 €	335.146,55 €

Con este desglose de personal que queda justificada la viabilidad de la propuesta en cuanto a Recursos Humanos se refiere teniendo en cuenta que se cumple lo que figura en el PPT.

¹ Destacar que el órgano de contratación nos ha remitido dicha tabla que no está completa pero desconocemos si OHL la proporcionó completa o si por el contrario, la proporcionó sin los subtotales.

En caso de que se hubiera proporcionado tal y como se observa en la imagen supondría una falta de justificación absoluta y esta parte no entendería como el órgano de contratación pudo validar esta justificación ya que es evidente que adolece de los cálculos mínimos y además, como veremos, tiene una serie de incongruencias que la hacen inviable.

Por un lado, debemos destacar que, a diferencia de ACIERTA y Ferrovial, esta justificación SI recoge todos los perfiles mínimos que el PPT exige.

Por otro lado, debemos indicar que no justifican el coste de dichos Recursos personales y que el coste total del contrato que indican es incongruente con las cifras que ofrecen.

Es decir, podemos observar fijándonos en las únicas cifras que aparecen se indica:

- *Salarios: NO SE INDICAN PERO DEBERÍAN SER MAYOR A LA SEGURIDAD SOCIAL*
- *Seguridad Social: 114.368,76.-€*
- *Coste Anual: 167.573,27.-€*
- *Coste 2 años: 335.146,55.-€*

Pues bien, si analizamos la relación entre el coste de Seguridad Social y el coste anual podemos ver que existe una incongruencia total ya que según podemos ver existe más cantidad de Seguridad Social que de salarios:

<i>Seguridad Social</i>	<i>114.368,76.-€</i>
<i>Coste un año</i>	<i>167.573,27.-€</i>
<i>Diferencia</i>	<i>53.204,51.-€</i>
<i>%</i>	<i>46,52%</i>

Es decir, respecto del coste total de un año que se establece en 167.573,27.-€ se ha calculado una Seguridad Social de 114.368,76.-€ y mi representada se pregunta lo siguiente ¿Qué cantidad se asignan a los salarios de los trabajadores?

En este sentido, como es comúnmente conocido el coste de la Seguridad Social se calcula aproximadamente en el 33% del coste de los salarios, por tanto es totalmente imposible que el coste de mano de obra más seguridad social sea de 167.573,27.-€ cuando únicamente la seguridad social se ha establecido en

114.368,76.-€, ya que ello supondría un salario base aproximado de 53.000.-€ con unos costes sociales de más del doble.

Tampoco parece posible que se haya producido un error y los 114mil sean el valor de los salarios de la mano de obra, puesto que la diferencia es un 46% una cifra a todas luces excesiva para contener solo los costes de la Seguridad Social.

Por tanto existe en la justificación un error manifiesto, que no arroja claridad sobre la viabilidad de la oferta, aun sin tener en cuenta que no detalla nada de las dedicaciones y salarios individualizados.

Sin perjuicio de dicho error sustancial, en caso de aceptar que el coste de la mano de obra con cargas sociales sea de 167 mil euros, debemos señalar que supone un incumplimiento total del Convenio si nos fijamos en el número de recursos incluidos (y considerando que el equipo de jardinería es un único recurso aunque en la página anterior se entienda que este equipo comprende 4 perfiles.).

Es decir, en atención a los recursos que son un total de 20 y el coste indicado de 167.573,27.-€; se obtiene un valor con cargas sociales por recurso de 8.378,66.-€ con cargas sociales que, a todas luces, es un valor inviable que infringe cualquier convenio e incluso SMI.

Y por tanto el órgano de Contratación debió haber procedido a excluir a OHL por no justificar su oferta según lo establecido en el ya mencionado apartado 4 del artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación a la justificación de la anormalidad de la oferta pero, en cambio, el órgano de contratación argumentó a favor como podemos ver en la página 4 del Documento número 5 de forma genérica y sin analizar el contenido propio del Informe”.

El Órgano de contratación en la contestación a la ampliación del recurso argumenta por extenso, pero comienza señalando lo siguiente:

“Las principales cuestiones que alega respecto a la justificación de la oferta por la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN son:

- Que no justifican el coste de los recursos personales, siendo incongruente el coste total del contrato con las cifras que indican en materia de seguridad social y salarios. Se aclara que en la información facilitada para justificar la viabilidad de su oferta no se incluía el desglose de los costes de personal, no siendo determinantes los costes

de personal para verificar la viabilidad de la oferta, toda vez que los elementos definitorios de la misma serán la disponibilidad de los medios personales (que no la contratación específica y exclusiva), así como la disponibilidad de las herramientas con que debe contar la empresa, y la disponibilidad y capacitación de técnicos y operarios. OHL SERVICIOS INGESAN, realiza una enumeración de los medios personales que se destinarán al contrato, para cada una de las instalaciones. En concreto señala que dispone como personal de estructura central de la Delegación Centro y por lo tanto con un coste no repercutible a los diferentes contratos. Este retén está formado para la Delegación Centro por personal especializado en diferentes especialidades técnicas que se detallan”.

No principalmente sino exclusivamente CLECE basa su impugnación en las incongruencias de los costes de personal, tal y como se ha transcrito anteriormente. El artículo 149.4 de la LCSP pone a cargo de la mesa y en su defecto el Órgano de contratación la indicación a los licitadores incursos en baja desproporcionada de los parámetros sobre los que debe justificarse la baja, tal y como transcribimos más arriba.

En el requerimiento dirigido a los licitadores no existe mención específica de los costes de personal. La información para justificar de manera plena y oportunamente la viabilidad de su oferta para lote 1 del expediente es la siguiente:

“- Elaboración de un informe suficientemente justificativo sobre los factores más relevantes de la “oferta económica” propuesta, que sean susceptibles de acreditar el acreditar el precio o coste bajo presentado.

- Identificar y concretar el ahorro obtenido en las tareas de adquisición, reparación o sustitución de componentes por avería o rotura, a través de sus propios medios y proveedores para la prestación del servicio de mantenimiento integral.

- Identificar y concretar el ahorro obtenido a partir del porcentaje estimado de arreglo de componentes de las instalaciones técnicas frente a su sustitución, durante toda la vida del contrato de mantenimiento integral.

- *Identificar y concretar el ahorro obtenido a partir de la selección de los subcontratistas propuestos, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones legales que resulten aplicables.*
- *Identificar y describir las condiciones excepcionalmente favorables de organización, logística, y de medios materiales y personales que permitan prestar el servicio de mantenimiento integral de manera eficiente, y de acuerdo a la oferta económica presentada.*
- *Identificar y describir cualquier otra medida original e innovadora que posibilite la prestación del servicio de una manera eficiente en el marco económico propuesto”.*

Es cierto que en el presupuesto de contratación la partida de costes de personal no se singulariza, porque se comprende en el coste de mantenimiento por m²:

“El presupuesto base de licitación se desglosa en:

- Costes directos: 719.895,30 euros, importe de superficies a mantener y servicios incluidos con sistema acuda y mantenimiento de salas de musculación*
- Costes indirectos: 93.586,93 euros*
- Coste salariales: El coste de los salarios está incluido en el cálculo del precio del m².*
- Otros eventuales gastos: 43.193,97 euros”.*

En los Pliegos de Prescripciones Técnicas, cláusula tercera, solo se mencionan con dedicación exclusiva 2 técnicos de mantenimiento. Además existe un coordinador, al que no se exige esa dedicación exclusiva y el personal de oficio necesario para ejecutar las diversas tareas de mantenimiento necesarias, cuyo número no se concreta, ni se especifica su dedicación.

Por todo ello carece de relevancia el supuesto error en la indicación de los costes salariales y las cargas sociales, porque no es un parámetro que haya servido a evaluar la viabilidad de la oferta. Los costes salariales quedan diluidos en el coste de mantenimiento del metro cuadrado.

Los criterios que ha planteado la Mesa a los licitadores para justificar la baja no han sido objeto de impugnación por CLECE.

No constando desglosado en el presupuesto de licitación el coste concreto de la mano de obra, ni por salarios de los trabajadores ni por coste/hora, la alegación del recurrente sobre el error en los mismos carece de trascendencia.

Además de los costes salariales en la contestación a la ampliación del recurso el Órgano de contratación desarrolla por extenso en tres apretados folios su motivación sobre la aceptación de la baja de OHL obrante el expediente, pero esta motivación no es valorable para la resolución del presente recurso, que se limita a revisar la actuación obrante en el expediente de contratación, en cuanto haya sido impugnada. Las alegaciones nuevas que ahora hace la Administración sobre la baja en la contestación al recurso no sirvieron de base al acuerdo de la Mesa y el Órgano de contratación, luego no pueden formar parte del acto que se impugna.

En el informe obrante en el expediente de contratación simplemente se aceptan las alegaciones de OHL, realizadas conforme a los requerimientos justificativos previos de la Mesa, de manera muy escueta, pues se limita a reseñar sus epígrafes y dar por justificadas las bajas. La impugnación de este informe en el escrito de recurso se limita a estimarlo insuficiente para validar las bajas, solo es objeto de impugnación en cuanto acto de aceptación de las justificaciones de los licitadores, que se impugnan, puesto que su insuficiencia no se desarrolla en alegaciones en modo alguno. Y es a lo que se circunscribe el recurso en este punto y en el suplico: Textualmente: *“Sin embargo, este Órgano de contratación consideró justificadas las ofertas incursas en temeridad a pesar de todo lo expuesto y de que claramente no daban respuesta efectiva al requerimiento de información efectuado e iniciador del procedimiento del artículo 149 y en consecuencia, por lo que se solicita a este Tribunal que proceda a considerar como NO JUSTIFICADAS los diferentes informes y a determinar la exclusión de dichas adjudicatarias”.*

Por todo ello procedería desestimar el motivo del recurso en cuanto a la falta de justificación de la baja de OHL, y en consecuencia el motivo del recurso que atañe a las bajas de los cuatro licitadores incurso en presunción de temeridad.

Aun cuando se entendiera que el recurrente impugna efectivamente la insuficiente motivación de la decisión, la estimación de su recurso solo conllevaría en el caso la anulación de la adjudicación con retroacción de actuaciones para que el Órgano de contratación motivara adecuadamente la aceptación de las justificaciones de las bajas, siendo desde entonces recurrible. Motivación en la que vertería lo que ahora alega en la contestación el recurso. En el mismo se reiterarían en cuanto al fondo los motivos que ya ha esgrimido CLECE en el recurso, dando nuevamente lugar a la desestimación del mismo, por lo que por razones de economía procesal procedería igualmente ahora la desestimación del recurso.

El propio CLECE ha escogido esta vía desde el principio cuando en vez de solicitar la anulación de la adjudicación por falta de motivación de la admisión de las bajas en su recurso inicial de fecha 30 de octubre, lo que instó fue la vista del expediente de los licitadores incurso en baja para impugnar directamente sus justificaciones y no el acuerdo de la Administración.

La falta de motivación no hubiera sido elemento obstativo para la estimación del recurso en cuanto al fondo, en vez de retrotraer, si el recurrente hubiera ofrecido argumentos para poder apreciar que las bajas no estaban justificadas, cosa que no ha verificado.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector

Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Clece, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del lote 1 del contrato administrativo de “Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al Distrito de Villa de Vallecas” (Lote 1), dictado por la Concejal Presidente del Distrito del Ayuntamiento de Madrid expediente de contratación número 300/2019/01710, notificado el 14 de octubre de 2020.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Se levanta la suspensión del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.